



OPINIÓN N° 211-2017/DTN

Solicitante: Dianet Betzabet Paz Sevillano

Asunto: Opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)

Referencia: Comunicación S/N recibida el 25.AGO.2017

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora Dianet Betzabet Paz Sevillano formula consulta sobre las opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

De forma previa, es preciso indicar que la presente consulta se encuentra vinculada a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la “anterior Ley”), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el “anterior Reglamento”); por tanto, serán absueltas bajo sus alcances².

Efectuada la precisión anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE, “Consultas del sector privado o sociedad civil sobre la normativa de contrataciones del Estado”, determinándose que las consultas formuladas no se encuentran vinculadas entre sí; por lo que, ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 90 del TUPA, solo será absuelta la Consulta N° 1.

² Normas vigentes hasta el 8 de enero de 2016.



“¿LAS OPINIONES EMITIDAS POR EL OSCE REFERIDAS A LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIONES DEL ESTADO, SON VINCULANTES?” (Sic).

- 2.1 En primer lugar, debe indicarse que el primer párrafo del artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone lo siguiente:

“Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública

Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.” (El subrayado es agregado).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que *“La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.”*³ (El subrayado es agregado).

En este punto, debe señalarse que, hasta el 8 de enero de 2016, la norma que desarrollaba el artículo 76 de la Constitución era la anterior Ley, la cual, conjuntamente con el anterior Reglamento y las normas de carácter complementario emitidas por el OSCE, constituía la anterior normativa de contrataciones del Estado, la misma que tenía por finalidad salvaguardar la eficiencia de las contrataciones y el adecuado uso de los fondos públicos involucrados.

- 2.2 Dicho lo anterior, a efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, debía tenerse en consideración dos aspectos: uno de carácter subjetivo, referido a los sujetos que debían someter sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa, y el otro de carácter objetivo, referido a las actuaciones que se encontraban bajo su ámbito.

Así, la anterior Ley, en el numeral 3.1 de su artículo 3, establecía un listado de los órganos u organismos de la administración pública⁴ que se encontraban en la

³ Numeral 12 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

⁴ A efectos de precisar el contenido de “administración pública”, resulta citar lo señalado por Marcial Rubio: *“Los órganos del gobierno central, así como los gobiernos regionales, concejos municipales y varios organismos constitucionales con funciones específicas, tienen por debajo de sus jefes u organismos internos rectores, un conjunto más o menos amplio de funcionarios, organizados en distintas reparticiones, que son los que ejecutan, supervisan y evalúan las acciones propias del Estado y constituyen la administración pública.”* (El subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, décima edición, Pág. 65.

Adicionalmente, el mismo autor indica que *“La administración pública está en todo el Estado: en el Congreso, en el Poder Judicial, en los órganos del Estado, y en los gobiernos regionales y locales. Pero la parte más importante de la Administración está en el Poder Ejecutivo (...)”* (el subrayado es agregado).



obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado; denominándoles, genéricamente, “Entidades”.

Por su parte, en el numeral 3.2 de su artículo 3, la anterior Ley establecía que la anterior normativa de contrataciones del Estado se aplicaba a las contrataciones que realizaban las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago de la retribución correspondiente con cargo a fondos públicos⁵, entre otras obligaciones derivadas de la calidad de contratante.

De esta manera, las contrataciones que se encontraban bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado eran aquellas que realizaban las Entidades señaladas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley, a efectos de proveerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo la obligación de pagar al proveedor la respectiva contraprestación, con cargo a fondos públicos.

- 2.3 Delimitado el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, resulta necesario señalar que el literal j) del artículo 58 de la anterior Ley indicaba que una de las funciones del OSCE era absolver consultas sobre las materias de su competencia.

En esa línea, la Tercera Disposición Complementaria Final del anterior Reglamento disponía que “Las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE. El criterio establecido en la opinión conservará su carácter vinculante mientras no sea modificado mediante otra opinión posterior, debidamente sustentada o por norma legal.” (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, la anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente hasta el 8 de enero de 2016- establecía, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE tenían carácter vinculante mientras no fueran modificadas por otra opinión posterior -debidamente sustentada- o norma legal.

- 2.4 Ahora bien, es importante precisar que el 9 de enero de 2016 entró en vigencia la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 30225 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, primera edición, Pág. 210.

⁵ Según el artículo 15 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, son fondos públicos los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. De manera complementaria, el Anexo - Glosario de Definiciones de la Ley N° 28112, precisa que fondos públicos son los recursos financieros del Sector Público que comprende a las entidades, organismos, instituciones y empresas. Finalmente, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, señala que los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.



Así, el literal o) del artículo 52⁶ de la Ley N° 30225 indica que dentro de las funciones del OSCE se encuentra la absolución de consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil.

Adicionalmente, la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 350-2015-EF señala que “(...) *las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado se publican en el portal institucional del OSCE.*”

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado vigente no establece, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE cuentan con carácter vinculante; no obstante, dichas opiniones constituyen documentos en los que el Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública analiza la aplicación de la citada normativa, interpreta sus disposiciones⁷ e, incluso, integra las mismas⁸ para salvar vacíos o lagunas legales⁹; según corresponda a la formulación de la consulta.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el OSCE, en su calidad de Organismo Técnico Especializado en materia de contratación estatal, tiene asignada la competencia de establecer el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado a través de la emisión de opiniones; en esa medida, ninguna otra entidad de la administración pública puede ejercer dicha función, de conformidad con el Principio de organización e integración¹⁰ contemplado en el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 29158 “Ley Orgánica del Poder Ejecutivo”.

⁶ Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1341, que entró en vigencia el 3 de abril de 2017.

⁷ “La teoría de la interpretación jurídica, de esta manera, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico – jurídico interno de la norma.” RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 220.

⁸ “La integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso. Lo particular de la integración jurídica es que produce normatividad pero no mediante las fuentes formales del Derecho, sino mediante la aplicación del Derecho mismo (...) Por ello, está sujeta a ciertas condiciones, reglas y métodos. Además, su utilización es restrictiva y no extensiva, debido precisamente a que constituye una excepción al principio predominante en el sistema Romano – germánico, en el sentido de que las normas las da, principalmente, el organismo que tiene atribución normativa.” Ibídem Pág. 260.

⁹ “La laguna del Derecho puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista por el mismo supuesto.” Ibídem, Pág. 261.

¹⁰ En virtud del Principio de organización e integración, las entidades del Poder Ejecutivo ejercen las funciones y competencias que le son asignadas, evitando la duplicidad y superposición de las mismas.



En relación con lo anterior, es importante considerar que la labor de definir el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado tiene especial importancia para el cumplimiento de las demás funciones contempladas en el artículo 52 de la Ley, en particular aquella prevista en su literal a).

Por lo expuesto, no resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa¹¹ que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser -su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente hasta el 8 de enero de 2016- establecía, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE tenían carácter vinculante mientras no fueran modificadas por otra opinión posterior -debidamente sustentada- o norma legal.
- 3.2 No resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser -su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación.

Jesús María, 26 de septiembre de 2017

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

MAMV/RPB.

¹¹ Cabe señalar que, aun cuando la anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente hasta el 8 de enero de 2016- no hubiera establecido, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE tenían carácter vinculante, los criterios vertidos en estas también debían ser observados por los operadores de la citada normativa, pues constituían los criterios emitidos por el Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública.